



Minori migranti e tutela dello *status filiationis*

DI OLIVIA LOPES PEGNA *

Sommario: 1. Considerazioni introduttive e delimitazione dell'ambito di indagine. – 2. La determinazione della minore età del migrante. – 3. Minori migranti: l'accertamento dello *status* di figlio ai fini della protezione e del ricongiungimento con un familiare – 4. L'ingresso del minore straniero "affidato" ad un adulto: interesse del minore vs. rischio di frode alla legge?

1. Considerazioni introduttive e delimitazione dell'ambito di indagine

Il contributo ha ad oggetto l'esame delle principali problematiche relative all'accertamento dello *status filiationis* con specifico riferimento ai minori migranti, i quali, specie se non accompagnati, si trovano in una particolare situazione di vulnerabilità e necessitano di tempestiva ed adeguata protezione.¹ Il "migrante" per sua stessa natura presenta quell'elemento di estraneità, rispetto all'ordinamento di arrivo o di transito, che può comportare l'operatività delle norme di diritto internazionale privato. Viene tuttavia ormai da tempo evidenziato come il settore del diritto dell'immigrazione e quello del diritto internazionale

* Professore Associato di Diritto internazionale presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli studi di Firenze. Il presente contributo rappresenta il testo riveduto ed integrato della relazione tenuta il 24 ottobre 2019 nell'ambito del Convegno dal titolo "Riconoscimento dello *status filiationis* acquisito all'estero: prospettive europee e resistenze nazionali", organizzato dall'Università degli studi di Udine in occasione del 30° anniversario della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo.

¹ Ci riferiremo ai fini del presente scritto a quei minori, cittadini di Paesi terzi, che siano emigrati dal loro Paese di origine in cerca di protezione, o anche semplicemente di migliori condizioni di vita. Il minore può in tali circostanze risultare particolarmente vulnerabile, in particolare se separato dai propri genitori ("*separated child*"), e soprattutto se "non accompagnato" ("*unaccompanied child*"). Cfr. le definizioni contenute nei par. 7 e 8 del *General Comment* n. 6 del Comitato per i diritti del fanciullo *Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*; cfr. anche la definizione adottata dalla Commissione europea nella Comunicazione al Parlamento e al Consiglio "La protezione dei minori migranti" (doc. COM(2017) 211 final del 12 aprile 2017), p. 2, in nota.

privato si muovano spesso su binari paralleli, senza quel coordinamento che invece ci si dovrebbe aspettare.²

Anche se il diritto internazionale privato non ha come oggetto direttamente il fenomeno migratorio, esso può incidere sulla sua gestione ed essere funzionale ad una maggiore o minore integrazione degli stranieri nello Stato ospitante.³

Nel contesto della disciplina dell'immigrazione, il diritto internazionale privato può porsi come strumento volto a risolvere, in particolare, questioni preliminari.⁴ Concentreremo l'attenzione proprio sulla questione dell'accertamento dello *status* familiare, principalmente lo *status filiationis*, che si presenta solitamente come strumentale per consentire l'ingresso (del minore stesso o di un suo genitore), in particolare per favorire il mantenimento dell'unità familiare,⁵ o per l'adozione di altre misure di protezione.⁶ Infatti, l'accertamento di una relazione familiare può talvolta essere necessaria per la protezione di minori non accompagnati, al fine del loro affidamento ad un parente o in funzione della ricollocazione in altro Paese dove risiede un familiare che possa occuparsi di lui.⁷

Si muoverà dunque dal valutare come si proceda, in questo contesto, alla determinazione dello *status* di figlio. E valuteremo se e come in questa operazione incidano le norme di diritto internazionale privato. Il discorso sarà solo brevemente allargato anche agli effetti di provvedimenti stranieri di "affidamento" del minore ad un adulto:⁸ in materia di immigrazione, infatti, i *minori affidati o sottoposti a tutela* vengono spesso equiparati ai figli.⁹

² Cfr. F. IPPOLITO, G. BIAGIONI (a cura di), *Migrant Children: Challenges for public and Private International Law*, Napoli, 2016. Cfr. i due studi, commissionati dal Parlamento Europeo, *Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential* (doc. PE 583.157), e *Children on the Move: a Private International Law Perspective* (doc. PE 583.158), entrambi del giugno 2017. Cfr. C. HONORATI, *La tutela dei minori migranti e il diritto internazionale privato: quali rapporti tra Dublino III e Bruxelles II-bis?*, in *RDIPP*, 2019, p. 691 ss., e la dottrina ivi citata.

³ S. CORNELOUP, *Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance?*, in H. MIUR WATT, D. P. FERNANDEZ ARROYO (a cura di), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2014, p. 301 ss.; G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014.

⁴ Cfr. lo studio *Private International Law in a Context of Increasing Mobility* cit., par. 1.2.

⁵ Art. 8 Convenzione europea dei diritti umani; art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁶ Mentre le misure di protezione diverse da quelle relative all'affidamento a genitori sono sicuramente comprese nella Convenzione dell'Aja del 1996 in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori (art. 1), la questione si è posta con riferimento al Regolamento (CE) n. 2201/2003 (di seguito "Bruxelles II-bis"). La giurisprudenza della Corte di giustizia è nel senso di comprendere *qualsiasi* misura di protezione, anche al di fuori dell'ambito familiare (cfr. art. 1, par. 2, lett. d) che comprende "la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto". Cfr. Corte giust., 27 novembre 2007, causa C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714; 2 aprile 2009, causa C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225; 26 aprile 2012 causa C-92/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:255. In dottrina cfr. A. S. G. ANDRAE, *On the applicability of the Brussels IIa Regulation to State measures for the protection of the child*, in *European Legal Forum*, 2008, p. 191; L. CARPANETO, *Recognition of Protection Measures Affecting Migrant Children*, in F. IPPOLITO, G. BIAGIONI (a cura di), *Migrant Children* cit., p. 419 ss., 447 ss. Il considerando n. 11 e l'art. 82, par. 2, del Regolamento n. 2019/1111, che sostituisce il reg. (CE) n. 2201/2003, (di seguito "Recast") rendono esplicito che resta invece escluso dal suo ambito di applicazione il collocamento del minore in altro Stato membro presso un genitore.

⁷ Cfr. C. HONORATI, op. cit., p. 710 ss. Il diritto a forme alternative di cura, per il minore privato del proprio ambiente familiare è previsto anche dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (art. 20).

⁸ Non tratteremo invece di altre questioni che, pur attenendo alla circolazione e alla tutela dello *status filiationis* acquisito all'estero, non concernono in modo diretto minori "migranti": come ad esempio il riconoscimento di rapporti di filiazione sorti per effetto di maternità surrogata, il riconoscimento di provvedimenti di adozione, etc.

⁹ Cfr. ad esempio art. 2, lett. g), Regolamento Dublino III; Art. 29 comma 2 T.U. sull'immigrazione.

La determinazione dello stato di figlio, in mancanza di una competenza dell'Unione in materia, è affidata alle norme di diritto internazionale privato nazionali. Si cercherà di evidenziare in che modo, ed entro quali limiti, la disciplina italiana di diritto internazionale privato (come riformata a seguito dell'adozione della legge del 10 dicembre 2012 n. 219)¹⁰ si presti alla determinazione dello *status filiationis* con riferimento al fenomeno migratorio.

Nella materia incide, come è noto, la tutela di diritti umani fondamentali, in particolare dei minori, sanciti nei più importanti strumenti internazionali a carattere regionale e universale: la Convenzione europea dei diritti umani, il Patto sui diritti civili e politici, la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989,¹¹ la Carta dei diritti fondamentali (solo per menzionare i più importanti). Le decisioni che riguardano il minore migrante, ed il riconoscimento del suo *status*,¹² devono tener conto, in particolare, dell'esigenza di tutela dello *status* quale elemento identitario del minore,¹³ del diritto al mantenimento dei rapporti familiari con (entrambi) i genitori;¹⁴ del principio secondo il quale in ogni decisione che riguardi un minore i suoi *best interests* devono avere considerazione preminente.¹⁵

Si tenterà di valutare fino a che punto questi strumenti tengano conto di questioni internazional-privatistiche nella disciplina del fenomeno migratorio, con specifico riferimento ai minori migranti, e se e come il diritto internazionale privato possa essere davvero “strumentale” alla migliore gestione di tale fenomeno.¹⁶

Prendendo le mosse dalle principali fonti normative, di origine UE e convenzionali, concernenti i minori migranti, possiamo constatare come le «decisioni sul diritto di asilo, e nel settore dell'immigrazione», siano escluse dall'ambito di applicazione dei principali strumenti di diritto internazionale privato volti a disciplinare giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento di provvedimenti in materia di protezione dei minori: così, espressamente, nel Regolamento (CE) n. 2201/2003, c.d. “Bruxelles II-bis”, (considerando n. 10),¹⁷ e nella Convenzione dell'Aja del 1996 in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori (art. 4).¹⁸ Rientrano tuttavia nella disciplina degli strumenti ora richiamati tutte le

¹⁰ Le norme di diritto internazionale privato sono state modificate dal legislatore delegato con d.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, recante Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, art. 101.

¹¹ E. DI NAPOLI, *Sinergie tra diritto dell'immigrazione e diritto internazionale privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, 2019, p. 431 ss.

¹² Non è possibile in questa sede dar conto dell'importantissimo contributo dato dalla giurisprudenza e dalla prassi dei principali organi di controllo preposti alla tutela dei diritti del fanciullo, in relazione ai suoi diritti al riconoscimento del proprio *status* familiare e al mantenimento dell'unità familiare. Cfr., *ex multis*, R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, *Recueil des Cours*, 2010, vol. 348; F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, *Recueil des Cours*, 2019, vol. 395; A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *RDI*, 2019, p. 322 ss.

¹³ Corte europea dei diritti, 28 giugno 2007, *Wagner v. Luxemburg*, ric. n. 76240/01; 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannins v. Greece*, ric. n. 56759/08.

¹⁴ Art. 9 Convenzione New York diritti del fanciullo; art. 24, par. 3, Carta dei diritti fondamentali.

¹⁵ Art. 3 Convenzione di New York diritti fanciullo; art. 24, par. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

¹⁶ Cfr. A. FIORINI, *The Protection of the Best Interests of Migrant Children Through Private International Law and Habitual Residence*, in F. IPPOLITO, G. BIAGIONI (a cura di), *Migrant Children cit.*, p. 379 ss.

¹⁷ L'esclusione non è più indicata nel *Recast*.

¹⁸ P. PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, in *RDIPP*, 1996, p. 705 ss.; M. C. BARUFFI, *La Convenzione dell'Aja del 1996 sulla tutela dei minori nell'ordinamento italiano*, *ibid.*, 2016, p. 977 ss.; ID., *Sulla tutela internazionalprivatistica dei diritti dei minori stranieri nella Convenzione dell'Aja del 1996*, in C. FRATEA, I. QUADRANTI (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, 2015.

misure di protezione e tutela del minore richiedente asilo (o avente diritto ad altre forme di protezione internazionale), che si trovi in uno Stato membro (o parte della Convenzione): tali misure devono spesso essere adottate prima, parallelamente, o successivamente alle procedure di protezione internazionale.¹⁹

L'ambito di applicazione *ratione personae* delle norme sulla giurisdizione stabilite nel Regolamento Bruxelles II-bis (come anche nel *Recast*) in materia di misure di protezione è molto ampio: sono applicabili, a prescindere dalla nazionalità, anche a cittadini di Stati terzi e senza che sia necessario che si sia già radicata la residenza abituale del minore nello Stato membro,²⁰ purché sussista un criterio di giurisdizione che possa radicare la competenza di un giudice di uno Stato membro. Si applicheranno in tal caso i criteri residuali previsti dal regolamento, tra cui quello della *presenza* del minore nello Stato (art. 13 reg. Bruxelles II-bis e art. 11 *Recast*), e – nel caso in cui non vi sia nessun giudice di uno Stato membro competente – quelli nazionali (art. 14 reg. Bruxelles II-bis e art. 14 *Recast*).²¹ In particolare, la presenza del minore sul territorio dello Stato attribuisce la giurisdizione ai giudici di tale Stato, con riferimento ai minori rifugiati o ai minori «sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei loro paesi», ai sensi del Regolamento Bruxelles II-bis (art. 13, par 2), come anche ai sensi dell'art. 6 Convenzione dell'Aja del 1996,²² nozione che è da interpretarsi in chiave estensiva.²³ Diverso invece il tenore dell'art. 11, par. 2, del *Recast*, che – in maniera forse discutibile – si riferisce ai minori «sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei rispettivi Stati membri di residenza abituale». ²⁴ La semplice presenza del minore in uno Stato membro consente inoltre ai giudici di tale Stato di adottare misure provvisorie, in via d'urgenza, come previsto sia dal regolamento (art. 20 reg. Bruxelles II-bis e art. 15 *Recast*) che dalla Convenzione (art. 11): tali misure cesseranno di avere effetto quando si pronuncerà il giudice competente per il merito (art. 20, par. 2, reg. Bruxelles II-bis; art. 15, par. 2, *Recast*; art. 11, parr. 2 e 3, Convenzione).

In tutti questi strumenti normativi la determinazione dello *status*, e in particolare lo *status filiationis*, esula dal rispettivo ambito di applicazione: la filiazione è esclusa nel reg. Bruxelles II-bis (considerando n. 12 e art. 1, par. 3, lett. a),²⁵ come anche nella Convenzione dell'Aja del 1996 (art. 4, lett. a).²⁶

¹⁹ Cfr. la Relazione Lagarde di accompagnamento alla Convenzione dell'Aja del 1996, par. 36; C. HONORATI, op. cit., p. 697.

²⁰ Cfr. Corte giust., 17 ottobre 2018, causa C-393/18 PPU, *UD c. XB*, ECLI: EU:C:2018:835. Cfr. C. HONORATI, op. cit., p. 701.

²¹ Per un esame più approfondito di questi criteri, si rinvia a C. HONORATI, op. cit., p. 703 ss. Con riferimento ai criteri nazionali relativi alla protezione dei minori, il nostro ordinamento a tutt'oggi sconta il mancato aggiornamento dell'art. 42 legge 218/1995, che ancora richiama come applicabile “in ogni caso” la Convenzione dell'Aja del 1961, estendendone l'ambito di applicazione anche ai minori residenti abitualmente in uno Stato non parte. Cfr. R. CLERICI, *Sulla riforma dell'art. 42 della legge 218/1995*, in *RDIPP*, 2011, p. 642 ss.

²² La Convenzione troverà applicazione (prevalendo anche sul Regolamento) quando il minore è residente in uno Stato parte della stessa (art. 61 reg. Bruxelles II-bis; art. 97 *Recast*). L'art. 6 della Convenzione si riferisce ai minori rifugiati e ai “minori che, a seguito di gravi disordini nel proprio paese, siano trasferiti a livello internazionale”.

²³ In questo senso lo studio *Children on the Move*, par. 1.2.2.

²⁴ Sono da condividere a tal riguardo i rilievi critici di C. HONORATI, op. cit., a p. 710.

²⁵ Come anche nel *Recast*: cfr. considerando n. 12 e art. 1, par. 4, lett. a).

²⁶ Nel Regolamento Dublino III ci si limita a dare una definizione di “familiari” (tra cui rientrano i figli), quali «soggetti appartenenti alla famiglia del richiedente, purché essa sia già costituita nel paese di origine».

Come già evidenziato, proprio con riferimento ai minori migranti l'accertamento di un legame familiare può porsi spesso come questione preliminare all'adozione di misure di protezione, volte all'affidamento, alla ricollocazione, o – in determinate circostanze – persino al rimpatrio. L'accertamento dell'esistenza di un legame familiare è poi condizione preliminare per tutte le domande di ingresso, o trasferimento in altro Stato membro, finalizzate al ricongiungimento familiare.²⁷

Essendo l'indagine volta all'esame delle principali questioni problematiche legate all'accertamento e alla tutela dello *status filiationis* di minori migranti, l'attenzione sarà posta esclusivamente sui minori i cui paesi di origine siano Stati extra-UE. Come è noto, infatti, i cittadini UE godono della libertà di circolazione all'interno dello Spazio UE, potendo liberamente circolare con i propri familiari.²⁸ Tra Stati membri la “prova” di uno *status* è favorita anche dal Regolamento (UE) n. 2016/1191 del 6 luglio 2016, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'UE, tra i quali gli atti di nascita (art. 1, lett a): tuttavia questa normativa non si occupa del riconoscimento degli “effetti giuridici” relativi al contenuto di tali atti (art. 1, par. 4), e non si applica ai documenti pubblici rilasciati dalle autorità di Stato terzi (art. 2, par. 3).²⁹

2. La determinazione della minore età del migrante

Le normative che disciplinano la protezione – in senso lato – dei minori, solitamente non prendono in considerazione questioni di diritto internazionale privato per determinarne la minore età. In alcune normative, sia dell'Unione che convenzionali, si introducono nozioni “autonome” di minore, ai soli fini della delimitazione dell'ambito di applicazione di quella determinata disciplina: in questo caso, sono solitamente considerati minori i soggetti fino al raggiungimento dei 18 anni. Così, a titolo esemplificativo, nel Regolamento n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri (c.d. “Dublino III”) (art. 2, lett. i)), nella Direttiva 2003/86 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, per la definizione di minori non accompagnati (art. 2, lett. f),³⁰ nella Direttiva 2011/95, c.d. “direttiva qualifiche”, (art. 2, lett. k), nella Direttiva 2013/32/UE (art. 2, lett. l) c.d. “Direttiva procedure”, come anche nella Convenzione dell'Aja del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori (art. 2).

²⁷ Vedi *infra*, par. 3.

²⁸ Direttiva 2004/38 sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, in GU 1° marzo 2008 n. 52. Cfr. A. LANG, B. NASCIBENE, *L'attuazione in Italia della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2007, 43 ss.; M. DE FILIPPO, *La libera circolazione dei cittadini comunitari e l'ordinamento italiano: (poche) luci e (molte) ombre nell'attuazione della direttiva 2004/38/CE*, in *RDI*, 2008, 420 ss.

²⁹ A. VETTOREL, *La circolazione dei documenti pubblici stranieri dopo il regolamento (UE) n. 2016/1191*, in *RDIPP*, 2016, p. 1060 ss.

³⁰ Con riferimento alla specifica norma relativa al ricongiungimento dei familiari, si stabilisce:

«I figli minorenni di cui al presente articolo devono avere un'età inferiore a quella in cui si diventa legalmente maggiorenni nello Stato membro interessato e non devono essere coniugati». La formulazione sembra prescindere da considerazioni internazionali-privatistiche.

Ciò ha portato l'EASO (*European Asylum Support Office*) ad affermare, nelle Linee Guida pubblicate nel 2018 relative all'accertamento della minore età,³¹ che l'*acquis* dell'Unione «defines childhood with reference to age», indicando nel compimento dei 18 anni l'età di riferimento.

Se ciò corrisponde al vero con riferimento alle discipline in materia di immigrazione, non è altrettanto pacifico che ciò valga realmente per *tutti* gli strumenti di diritto dell'Unione che si occupano di minori. Anzi, nella misura in cui non venga stabilito un criterio comune per definire la minore età, dovrebbero entrare in gioco le norme interne degli Stati membri, comprese le norme di conflitto. Nel contesto del Regolamento Bruxelles II-*bis*, ad esempio, non è adottata una nozione comune di “minore”, che quindi dovrebbe dipendere dalle norme di conflitto degli Stati membri. Anche la principale Convenzione in materia di diritti dei minori, la Convenzione di New York del 1989, stabilisce all'art. 1 che è fanciullo (“*child*”) il minore di anni 18, a meno che *ai sensi della legge applicabile* la maggiore età non si raggiunga prima. Appare evidente in questa formulazione il riferimento a considerazioni internazional-privatistiche, ai fini della delimitazione della sfera di applicabilità dei diritti ivi sanciti, dato che la determinazione della legge applicabile dipenderà dalle norme di conflitto dei vari Stati parte.

Divergenze nelle norme di conflitto nazionali (stante la possibile differenza delle normative materiali rese applicabili per effetto del richiamo internazional-privatistico), possono portare a risultati difformi: la legge nazionale, la legge di domicilio o di residenza abituale del minore (per menzionare i criteri di collegamento tra i più comunemente impiegati) potrebbero, infatti, stabilire età diverse per il raggiungimento della maggiore età.³²

Se differenze normative di questo tipo possono al limite giustificarsi con riferimento all'acquisto della capacità d'agire – conseguenza dell'acquisto della maggiore età (ma talvolta anche di altre circostanze, ad esempio l'emancipazione) – sembra poco giustificabile una differenza di disciplina quanto alla determinazione della minore età *ai fini della delimitazione dell'ambito di applicazione delle normative dell'Unione volte alla protezione del minore stesso e dei suoi beni*. A questo rilievo sembra porre rimedio ora il *Recast*, che definisce come “minore” una persona di età inferiore agli anni 18 (art. 2, n. 6), e che al considerando n. 17 chiarisce che, in linea con la Convenzione dell'Aja del 1996, esso si applica a tutti i minori, fino al raggiungimento dell'età di diciotto anni, «*anche nei casi in cui abbiano acquisito la capacità di agire prima di tale età in virtù della legge che disciplina il loro stato personale*». Pare evidente l'intenzione di lasciar disciplinare alle norme di conflitto (nazionali) solo la questione dell'acquisto della capacità di agire,³³ senza che ciò possa incidere sull'ambito di applicazione della disciplina volta all'adozione di misure di protezione del minore.

Con riferimento ai migranti, il problema può spesso concernere l'accertamento della effettiva età (“*age assessment*”), in particolare quando il minore sia sprovvisto di documenti di riconoscimento, certificato di nascita, o altra documentazione attestante l'età.³⁴ Fermo restando

³¹ Cfr. la guida pratica redatta dall'EASO (European Asylum Support Office), *Practical guide on age assessment, second edition* (2018), <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-practical-guide-on-age-assesment-v3-2018.pdf>

³² Cfr. lo studio *Children on the Move*, par. 3.3.

³³ In Italia, la legge applicabile alla capacità di agire è la legge nazionale del soggetto (art. 23 legge 218/1995).

³⁴ In Italia cfr. la legge n. 47 del 2017 recante Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati (art. 5), e il decreto n. 234 del 2016 recante Definizione dei meccanismi per la determinazione dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta, in attuazione dell'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo

l'obbligo per tutti gli Stati di garantire procedure rispettose dei diritti fondamentali, e informate al principio della tutela dei *best interests of the child*,³⁵ modalità e procedure differenziate tra i vari Stati rischiano di recare pregiudizio al minore, soprattutto se dovesse essere soggetto a più accertamenti nei diversi Stati coinvolti: il fenomeno rischia di aggravarsi nei limiti in cui non ci siano discipline adeguate volte allo scambio di informazioni e al reciproco riconoscimento di tali accertamenti.³⁶

In caso di dubbio, che può persistere anche dopo lo svolgimento di procedure volte all'accertamento, la *presunzione della minore età* garantisce una massimizzazione di tutela, comportando l'applicazione di tutte le normative volte alla tutela dei diritti del minore e alla sua protezione. La presunzione è raccomandata, in particolare, nel citato *General Comment* n. 6 del 2005 del Comitato per i diritti del fanciullo, relativo al trattamento dei minori non accompagnati e separati.³⁷ In questo senso si muove anche la disciplina dell'Unione: ad esempio, la Direttiva 2013/32/UE recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (art. 25 (5)),³⁸ e la Direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime (art. 13), come anche alcune normative nazionali, tra cui quella italiana.³⁹

3. Minori migranti: l'accertamento dello *status* di figlio ai fini della protezione e del ricongiungimento con un familiare

La tutela del minore non accompagnato, e in particolare del suo diritto al mantenimento dell'unità familiare, trova principale riconoscimento nelle normative che garantiscono il ricongiungimento familiare⁴⁰ e attuano forme di cooperazione – in particolare tra Stati membri – che mirano a collocare il minore in altro Stato dove risiede un genitore o un suo prossimo congiunto.⁴¹ Il citato *General Comment* n. 6 del Comitato per i diritti del fanciullo, specifica che «In order to pay full respect to the obligation of States under article 9 of the Convention to

4 marzo 2014, n. 24. In argomento si rinvia a E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della “nuova” procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della l. 47/2017*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3/2017.

³⁵ Vedi recentemente la decisione del Comitato sui diritti del fanciullo sulla comunicazione di *N.B.F c. Spagna* del 27 febbraio 2018, che ha accertato una violazione degli artt. 3 e 12 della Convenzione con riferimento ad una procedura di accertamento dell'età di un cittadino della Costa d'Avorio giunto non accompagnato in Spagna (doc. CRC/C/79/D/11/2017).

³⁶ Cfr. lo studio *Private International Law in a Context of Increasing Mobility* cit., par. 1.2.1.4. Cfr. E. DI NAPOLI, *Sinergie* cit., p. 447. Il Reciproco riconoscimento di decisioni relative all'accertamento di età assunta a seguito di visita medica è previsto nella Proposta di Regolamento volto alla creazione di una procedura comune di protezione internazionale, del 13 giugno 2016 (doc. COM (2016) 467 final, art. 24, par. 6).

³⁷ A p. 10.

³⁸ Direttiva 2013/32/UE art. 25 (5):

«Gli Stati membri possono effettuare visite mediche per accertare l'età del minore non accompagnato nel quadro dell'esame di una domanda di protezione internazionale, laddove, in base a sue dichiarazioni generali o altre indicazioni pertinenti, gli Stati membri nutrano dubbi circa l'età. Se in seguito gli Stati membri continuano a nutrire dubbi circa l'età del richiedente, considerano il richiedente un minore. (...)». Le pertinenti disposizioni di cui a questa disposizione sono fatte salve dal Regolamento Dublino III, con riferimento alle garanzie per i minori (art. 6, par. 2).

³⁹ In Italia la presunzione è stabilita dall'art. 7 dal decreto n. 234/2016 sopra richiamato. Analoga presunzione di minore età è stata introdotta nell'ordinamento francese (cfr. art. 388 del *code civil*, come emendato dalla legge n. 297 del 2016).

⁴⁰ Cfr. Direttiva 2003/86 cit.

⁴¹ Cfr. considerando n. 18 e art. 23 Direttiva 2011/95 (c.d. Direttiva qualifiche); considerando n. 16, art. 6 e 8, Regolamento 604/2013 (Dublino III).

ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, *all efforts should be made to return an unaccompanied or separated child to his or her parents* except where further separation is necessary for the best interests of the child, taking full account of the right of the child to express his or her views (art.12)».⁴²

Dal punto di vista strettamente internazional-privatistico, appaiono *funzionali* al risultato di garantire il mantenimento dell'unità familiare tutte quelle disposizioni che tendono a favorire l'accertamento, o il riconoscimento, di uno *status* familiare, in particolare lo *status filiationis*.⁴³ Concentrando l'esame sulle disposizioni internazional-privatistiche che entrano in gioco nella determinazione dello *status filiationis*, occorre partire dall'individuazione dei criteri di competenza giurisdizionale. A tal fine, una prima fondamentale distinzione concerne la natura principale o preliminare della questione relativa all'accertamento dello *status*.

La questione relativa all'accertamento dello *status filiationis* posta in via principale è soggetta in Italia, oltre ai criteri ordinari (art. 3 legge 218/1995), a quelli speciali stabiliti all'art. 37 della legge 218/1995, in base ai quali è competente il giudice italiano se i genitori, o il figlio, sono cittadini o residenti in Italia. Per il minore migrante, cittadino di Stato extra-UE, e figlio di cittadini anch'essi extra-UE, il criterio della residenza tendenzialmente *non si presta ad essere utilizzato con riferimento a presenze solo "temporanee" o in transito* nel nostro Paese. Nel regolamento Bruxelles II-bis e nel Recast, come anche nella Convenzione dell'Aja del 1996, come abbiamo visto, per la determinazione della competenza sulle misure di protezione, si adottano criteri residuali, applicabili in mancanza di una residenza abituale in uno Stato membro, valorizzando, in particolare, la "presenza" sul territorio.⁴⁴ La legge n. 218/1995 non è dotata di un analogo criterio residuale utilizzabile *ad hoc*, né, più in generale, di una norma che attribuisca la competenza al giudice italiano, quando non ve ne sia un altro competente (*forum necessitatis*).

Tuttavia, ai fini dell'affidamento ad un congiunto, o del trasferimento del minore in altro Stato, come anche ai fini del ricongiungimento familiare, come già evidenziato, la questione dello *status* familiare si pone solitamente come questione *preliminare*: nel sistema della legge n. 218/1995 il giudice competente per la questione principale è competente anche per la questione preliminare (art. 6 legge 218/1995). Pertanto, stabilita la competenza con le norme applicabili per la questione principale (Regolamento Bruxelles II-bis e Convenzione dell'Aja del 1996 per le misure di protezione; Regolamento Dublino III, e le altre normative specificamente applicabili, con riferimento ai provvedimenti legati a ingresso e soggiorno), il giudice sarà sempre competente per accertare l'eventuale questione preliminare legata allo *status*.

Lo stato di figlio del minore migrante – per definizione tipica situazione che presenta elementi di estraneità – si dovrebbe poi determinare, nei vari Stati, sulla base delle norme di diritto internazionale privato ivi applicabili. Non esistono norme uniformi né di tipo convenzionale né dell'Unione in materia di filiazione. Abbandonata da tempo l'idea di un diritto internazionale privato "neutro", è di crescente evidenza come tali norme possano contribuire al

⁴² Par 81. Corsivo aggiunto.

⁴³ O. FERACI, *La protezione dello status del minore attraverso le frontiere*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza* cit., p. 386 ss.

⁴⁴ Vedi *supra*, par. 1.

perseguimento di certi obiettivi,⁴⁵ finalizzati alla massima tutela dei diritti fondamentali.⁴⁶ Il criterio della legge nazionale, adottato ad esempio in Italia, porterà inevitabilmente, con riferimento ai minori migranti, all'applicazione di una legge straniera. Ma allo stesso risultato si può giungere anche negli Stati che impiegano criteri di tipo “domiciliare” (legge della residenza, o della residenza abituale, legge del domicilio), almeno nei limiti in cui il minore non abbia già in qualche modo “radicato” la sua presenza nello Stato del foro.

In Italia, ai sensi dell'art. 33, come novellato, la legge applicabile è quella nazionale del figlio o, se più favorevole, la legge nazionale di ciascun genitore.⁴⁷ Nella prassi, tuttavia, si riscontra che il metodo internazional-privatistico viene solitamente aggirato: ricercando direttamente la *prova* dello *status* acquisito all'estero, attraverso documenti (ad esempio certificati rilasciati dallo Stato di nascita), o – in mancanza – attraverso la prova del DNA.⁴⁸ Quest'ultima strada dovrebbe tuttavia assumere valenza di *ultima ratio*, considerato che l'ordinamento giuridico competente potrebbe talvolta prescindere dalla realtà biologica (ad esempio attraverso l'operatività di presunzioni).⁴⁹

Per la Cassazione, ai sensi dell'art. 33, lo stato di figlio «dipende dai provvedimenti accertativi e dalle statuizioni giurisdizionali dello Stato estero di nascita, con divieto al giudice italiano di sovrapporre a quegli accertamenti fonti di informazione estranee o nazionali». ⁵⁰ La documentazione attestante lo *status* di figlio proveniente dalle autorità estere di nascita non è peraltro assistita da fede privilegiata (ai sensi dell'art. 2700 c.c.):⁵¹ in questo contesto, la volontà di arginare fenomeni di frode alla legge rischia di imporre oneri talvolta eccessivi ai migranti. In una pronuncia del 2013,⁵² la Corte di Cassazione, richiamando l'art. 33 legge 218/1995, che demanda alla legge nazionale del figlio di regolare *presupposti* ed *effetti* dell'accertamento dello stato di figlio, ha escluso che potesse essere rifiutata la richiesta dei genitori del visto di ingresso per ricongiungimento familiare con il loro figlio, per il solo fatto che l'ordinamento del paese di origine (il Ghana) non preveda un termine per effettuare la denuncia di nascita. I richiedenti avevano prodotto copia del passaporto del figlio e il certificato di nascita, ritenuto tuttavia dalla Corte d'Appello di Bologna privo di valore probatorio per insufficienza della legislazione

⁴⁵ V. VAN DEN EECKHOUT, *The Instrumentalisation of Private International Law: Quo Vadis? Rethinking the “neutrality” of Private International Law in an Era of Globalisation and Europeanisation of Private International Law*, reperibile sul sito https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3034231.

⁴⁶ Si rinvia a O. LOPES PEGNA, *Tecniche internazional-privatistiche a tutela del superiore interesse del minore: flessibilità alla ricerca del miglior risultato nel caso concreto*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite* cit., p. 368 ss.

⁴⁷ È da ritenere che tale disposizione, pur nel silenzio del legislatore italiano sul punto, trovi applicazione anche quando la questione si pone come questione preliminare (c.d. soluzione disgiunta). Cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, I Parte generale e obbligazioni*, Padova, 2020, IX ed., p. 257.

⁴⁸ In Italia, ai sensi dell'art. 29, comma 1-bis, T.U. sull'immigrazione, ove lo stato non possa essere documentato in modo certo mediante certificati o attestazioni rilasciati da competenti autorità straniere, in ragione della mancanza di una autorità riconosciuta o comunque quando sussistano fondati dubbi sulla autenticità della predetta documentazione, le rappresentanze diplomatiche o consolari provvedono al rilascio di certificazioni, ai sensi dell'articolo 49 del decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1967, n. 200, sulla base dell'esame del DNA (acido desossiribonucleico), effettuato a spese degli interessati.

⁴⁹ In questo senso cfr. anche P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Opponibilità dello status familiae, identità biologiche e buona fede nei procedimenti di ricongiungimento familiare*, in *Questione Giustizia*, 2019.

⁵⁰ Cfr. Cass. 14 gennaio 2003 n. 367, in *RDIPP*, 2004, p. 262; Cass. 5 agosto 2013 n. 18599, in *RDIPP*, 2014, p. 697; Cass. 22 febbraio 2018 n. 4379, in *Rep. Foro it.*

⁵¹ Cfr. giurisprudenza richiamata alla nota precedente.

⁵² Cass. 18 giugno 2013 n. 15234, in *RDIPP*, 2014, p. 415.

ghanese a garantire la veridicità dell'atto. Ad avviso della Corte di Cassazione, la Corte d'Appello aveva basato il proprio convincimento non giù su principi di diritto, ma sulla *diffidenza* verso il sistema ghanese di attribuzione dello *status* di figlio.

La disciplina internazional-privatistica italiana (legge 31 maggio 1995 n. 218) intende favorire l'accertamento dello *status* di figlio attraverso il *concorso di criteri di collegamento* (art. 33), nonché attraverso una disciplina del rinvio (art. 13, 3° comma) ispirata al raggiungimento di tale risultato materiale (c.d. rinvio "*in favorem*").⁵³ Questa disciplina, improntata al *favor per lo stabilimento del rapporto, favorisce dunque – indirettamente – il ricongiungimento che si basi su tale rapporto*, e pare dunque anche perfettamente in linea con l'esigenza di massimizzare la tutela del minore ed il suo diritto al mantenimento dell'unità familiare.⁵⁴

Potrebbe sorgere un dubbio relativamente all'applicabilità del criterio della legge nazionale con riferimento a soggetti *rifugiati*, come anche – secondo una interpretazione da condividere – più in generale, con riferimento a tutti i destinatari di protezione internazionale.⁵⁵ Ciò in quanto l'art. 19, 1° comma, della legge n. 218/1995, stabilisce che nei casi in cui sia richiamata come applicabile la legge nazionale del soggetto, e il soggetto sia apolide o rifugiato, si applica la legge dello Stato di domicilio o, in mancanza, la legge dello Stato di residenza. La norma, come è noto, costituisce diretta applicazione del medesimo principio enunciato nell'art. 12 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati, che prevede che: «[l]o statuto personale di un rifugiato è determinato in base alla legge del suo paese di domicilio o, in mancanza di un domicilio, in base alla legge del paese di residenza». Ai sensi della disciplina Convenzionale, però, sono fatti *salvi i diritti precedentemente acquisiti dal rifugiato e derivanti dal suo statuto personale* (art. 12, 2° paragrafo, Convenzione di Ginevra).⁵⁶ Pertanto, l'esclusione dell'applicazione della legge nazionale del soggetto deve essere interpretata come soluzione volta a favorire, non a pregiudicare, i diritti e gli interessi del rifugiato, e in particolare non potrà portare a negare uno *status* familiare precedentemente acquisito nell'ordinamento di origine.⁵⁷

Ancora, il risultato di favorire la riunione del minore migrante con un familiare si potrà ottenere attraverso l'operatività di *limiti all'applicazione di una legge straniera che non consenta il riconoscimento del rapporto di filiazione*. In particolare, il problema può porsi con

⁵³ In argomento si rinvia a O. LOPES PEGNA, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in *RDI*, 2014, p. 394 ss. Nel senso che, a seguito della novella, l'art. 33 ss. abbia invece abbandonato il *favor filiationis* a favore della ricerca della verità biologica, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. II Statuto personale e diritti reali*, Padova, 2019, V ed., pp. 223-226.

⁵⁴ In dottrina in questo senso, R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. e diritto*, 2009, 197 ss. Anche il citato studio *Children on the move* raccomanda a tal fine l'uso di criteri alternativi, al par. 3.2.2.

⁵⁵ Nella direzione di uniformare lo *status* dei destinatari di protezione internazionale a quello dei rifugiati, nell'ambito dell'Unione, cfr. la Direttiva 2011/95 (c.d. "direttiva qualifiche") considerando n. 39, e art. 1.

⁵⁶ «I diritti precedentemente acquisiti dal rifugiato e derivanti dal suo statuto personale, in particolare quelli dipendenti dal matrimonio, saranno rispettati da tutti gli Stati Contraenti, con riserva, se è il caso, dell'adempimento delle formalità

previste dalla legislazione di ciascuno Stato; tuttavia, deve trattarsi di un diritto che detto Stato avrebbe riconosciuto quand'anche l'interessato non fosse divenuto un rifugiato». In argomento cfr. C. CAMPIGLIO, *Lo statuto personale dei rifugiati: vecchi e nuovi problemi di diritto internazionale privato*, in *RDI*, 2018, p. 833 ss.

⁵⁷ J. VERHELLEN, *La portabilité transfrontalière du statut personnel des réfugiés. Situer les interactions entre le droit international privé et le droit international des réfugiés*, in *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 2017, p. 173 ss.

riferimento al richiamo di ordinamenti stranieri che non conoscono l'istituto della filiazione naturale. Prima della riforma della disciplina italiana della filiazione il risultato veniva raggiunto con l'impiego del limite dell'ordine pubblico (c.d. ordine pubblico "positivo"): ad esempio, in relazione a domande di riconoscimento di un rapporto di filiazione naturale, in rapporti che sarebbero stati soggetti a leggi di Stati che non lo consentono.⁵⁸ Tale risultato è ora più immediato, in seguito alla riforma dell'art. 33, che stabilisce, al secondo comma, che la legge individuata ai sensi del 1° comma regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio, e che «qualora la legge così individuata non permetta l'accertamento o la contestazione dello stato di figlio si applica la legge italiana». Inoltre, ai sensi dell'art. 35, come modificato, si applica la legge italiana anche nel caso in cui le leggi richiamate per disciplinare le condizioni per il riconoscimento del figlio non prevedano il riconoscimento.

In un caso deciso dalla Corte di Cassazione nel 2005⁵⁹, la legge nazionale applicabile (la legge marocchina) attribuiva la potestà genitoriale solo al padre (per effetto di un atto di ripudio nel quale il marito escludeva la moglie dalla tutela dei minori, riservando esclusivamente a sé stesso la potestà). Il visto di ingresso richiesto dalla donna per il secondo marito e per i figli nati dal primo matrimonio era stato quindi negato, in quanto, in base alla legge applicabile ai sensi dell'art. 36 legge 218/1995, la potestà spettava solo al padre. La Corte d'appello di Perugia aveva ritenuto contraria all'ordine pubblico la legge marocchina a motivo della disparità di posizione dei genitori rispetto ai figli, ritenendo pertanto applicabile la legge italiana (ai sensi dell'art. 16 legge 218/1995). La Corte di Cassazione, tenendo in considerazione anche l'interesse dei minori al ricongiungimento con la madre, rigettava il ricorso promosso dal Ministero dell'Interno e dal Ministero degli Esteri. Si osservi che oggi, a seguito della riforma degli artt. 33 ss. della legge 218/1995, l'art. 36-*bis* legge n. 218/1995 identifica come norme di applicazione necessaria le norme italiane che attribuiscono a entrambi i genitori la responsabilità genitoriale (art. 36-*bis*, lett. a).

Non è questa la sede per affrontare le innumerevoli questioni legate all'incidenza del principio del superiore interesse del minore sull'applicazione del limite dell'ordine pubblico. Tuttavia, occorre segnalare come soluzioni non sempre coerenti con la valorizzazione di tale principio siano state adottate nel nostro ordinamento con riferimento alle richieste di ingresso della madre, seconda moglie, in presenza di un *matrimonio poligamico estero*. A fronte di alcune pronunce di merito favorevoli,⁶⁰ nel 2013 la Cassazione ha confermato il diniego del visto di ingresso per ricongiungimento familiare della madre, su domanda del figlio, a motivo della presenza nel territorio di un'altra moglie del padre, e della conseguente situazione di poligamia che si sarebbe venuta a creare.⁶¹ Sorprende che la decisione non affronti la questione della tutela del diritto *del figlio* al mantenimento del legame affettivo con la propria madre, che dovrebbe – a nostro avviso – essere superiore all'interesse dell'ordinamento a contrastare il

⁵⁸ Cass. 28 dicembre 2006 n. 27592, in *RDIPP*, 2007, p. 443.

⁵⁹ Cass. 9 giugno 2005 n. 12169, in *Dir. Imm. Citt.*, 2005, p. 158.

⁶⁰ Tribunale Bologna, 12 marzo 2003, in *Dir. Imm. Citt.*, 2003, p. 140 ss.; Corte d'Appello di Torino, 18 aprile 2001, in *Dir. Fam. Pers.*, 2001, p. 1492. Cfr. C. CORSI, *La tutela dell'unità familiare nel diritto degli stranieri. Recenti evoluzioni. Normative e giurisprudenziali*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni. Famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Tomo I, p. 573 ss., p. 582 ss.

⁶¹ Cass. 28 febbraio 2013 n. 4984, in *Dir. Imm. Citt.*, 2013, p. 161 ss.

fenomeno della poligamia, e l'eventuale rischio di aggiramento del divieto di ingresso della seconda moglie.⁶²

Nel caso, infine, in cui lo *status* dipenda da provvedimenti giurisdizionali esteri, saranno applicabili nel nostro ordinamento gli artt. 64 ss. della legge 218/1995; in particolare, per provvedimenti emessi dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme di conflitto applicabili (ad esempio la legge nazionale del soggetto), le uniche condizioni da verificare sono che gli effetti non contrastino con l'ordine pubblico e che siano rispettati i diritti della difesa (art. 65). Evidentemente anche in questa circostanza, il *favor* per i soggetti rifugiati (e categorie assimilabili) esclude che possa essere privata di rilevanza la legge nazionale del soggetto (ai sensi dell'art. 19, 1° comma), anche ai fini del riconoscimento ai sensi dell'art. 65 del provvedimento proveniente dallo Stato di nazionalità.⁶³ Con riferimento a domande di ricongiungimento, o altre misure che siano fondate sulla sussistenza del legame familiare, come ad esempio il collocamento presso un familiare presente in altro Stato membro,⁶⁴ l'efficacia del provvedimento potrà rilevare in via incidentale, e potrà dunque essere accertata dal giudice competente per la questione principale (art. 67, par. 3).

4. L'ingresso del minore straniero "affidato" ad un adulto: tutela del minore vs. contrasto alla frode alla legge?

In alcuni Paesi, come è noto, una forma di protezione del minore è l'affidamento in *kafala*, istituto riconosciuto tra le misure di protezione dei minori nella Convenzione dell'Aja del 1996 (art. 3, lett. e), come anche nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (art. 20, par. 3).

Nei casi di minori affidati in *kafala* il mancato riconoscimento di effetti del relativo rapporto può comportare serie difficoltà e gravi rischi di deficit di tutela, che possono tradursi anche in ostacoli all'ingresso e al soggiorno del minore.⁶⁵

La questione della rilevanza dell'affidamento del minore straniero in *kafala* ai fini dell'ingresso è risultata per alcuni anni controversa nel nostro ordinamento. Secondo un primo orientamento della Cassazione,⁶⁶ il legame derivante dalla *kafala*, «dettato per la protezione materiale ed affettiva del minore», non costituiva presupposto idoneo a giustificare l'ingresso di un minore straniero affidato ad un cittadino italiano, essendo applicabile ai cittadini italiani

⁶² La Direttiva 2003/86 relativa al diritto al ricongiungimento familiare *consente* agli Stati di *limitare* il ricongiungimento dei figli minorenni del soggiornante e di altro coniuge. Ai sensi del T.U. immigrazione, art. 29, comma 1-ter, (applicabile nel caso di specie) non è consentito il ricongiungimento al coniuge (comma 1, lett. a) e al genitore a carico (comma 1, lett. d), quando il familiare di cui si chiede il ricongiungimento è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge nel territorio nazionale. La Corte ha ritenuto irrilevante che la domanda fosse proposta dal figlio, anziché dal coniuge. In senso favorevole al riconoscimento di rapporti "verticali" tra i genitori ed i figli nati da matrimoni poligamici, cfr. R. CLERICI, *La compatibilità* cit., p. 197 ss. Cfr., nel senso di tener conto dell'interesse superiore dei minori nati da matrimoni poligamici anche la Comunicazione del 2 luglio 2009 della Commissione contenente orientamenti per una migliore recepimento della direttiva 2004/38 (COM(2009) 313def., par. 2.1.1. In argomento si rinvia a M. C. BARUFFI, *La famiglia poligamica*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status* cit., p. 73 ss.

⁶³ Nel senso che in questi casi il provvedimento emanato dallo Stato di nazionalità sia riconoscibile per effetto dell'art. 12, par. 2, cfr. C. CAMPIGLIO, op cit., p. 844.

⁶⁴ Il collocamento in altro Stato membro è disciplinato dal regolamento (CE) n. 2201/2003 (art. 56), e dal *Recast* (art. 82). In argomento cfr., C. HONORATI, op. cit., p. 710 ss.

⁶⁵ Cfr il citato studio *Children on the Move*, par. 3.2.4. O. FERACI, *La protezione dello status* cit., p. 411 ss.

⁶⁶ Cfr. per tutte Cass. 1 marzo 2010, n. 4868, in *RDIPP*, 2010, p. 754.

non la disciplina del ricongiungimento familiare di cui all'art. 29 del d.lgs. 286/98 – dettata a beneficio del cittadino non UE regolarmente soggiornante – ma quella di cui al d.lgs. 30/07 riguardante l'ingresso, la circolazione ed il soggiorno dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari. Quest'ultima disciplina, sempre secondo questo orientamento della Cassazione, includeva nella nozione di familiare, oltre ai discendenti diretti del cittadino o del suo coniuge, soltanto i minori adottati o che fanno ingresso in Italia ai fini dell'adozione internazionale. Per il cittadino di Paese terzo, invece, il legame creato attraverso l'istituto della *kafala* nell'ordinamento di provenienza rileva, al fine di garantire l'unità familiare, sul presupposto che in tale ordinamento tale disciplina è la sola che attui esigenze di protezione del minore. Si è pertanto interpretato in modo estensivo l'art. 29, comma 2 del d.lgs. 286/98 consentendo il ricongiungimento anche in virtù del legame di affidamento in *kafala* a un cittadino extra-UE, sulla base della considerazione che una diversa soluzione penalizzerebbe i minori provenienti dai paesi in cui non è prevista l'adozione e la *kafala* è l'unico istituto di protezione di minori orfani o comunque in stato di abbandono.⁶⁷ L'orientamento volto a consentire l'ingresso del minore affidato a cittadini del medesimo Stato di origine, nel perseguire l'intento di protezione del minore, pare anche conforme all'esigenza di garantire la conservazione dello *status* riconosciuto nell'ordinamento di origine e della continuità del rapporto costituito all'estero.

Per i cittadini italiani privi di qualunque legame familiare col minore straniero, si era invece inizialmente esclusa l'applicabilità della medesima *ratio* favorevole al ricongiungimento, ritenendo che l'unica via per l'inserimento del minore nel nucleo familiare fosse data dall'applicazione della normativa sull'adozione vigente in Italia (legge 184/83, come modificata dalla legge n. 476/98 di esecuzione della Convenzione dell'Aja del 1993).⁶⁸

Proprio in ragione di questa differenza di soluzioni, era stata proposta l'assegnazione alle Sezioni Unite della Cassazione di un ricorso avente ad oggetto la questione del diritto all'ingresso in Italia di un minore nato in Marocco affidato in *kafala* islamica a due coniugi cittadini italiani⁶⁹. Le Sezioni Unite della Cassazione,⁷⁰ hanno seguito una strada maggiormente garantista del superiore interesse del minore, stabilendo che non può essere negato il nulla osta all'ingresso per ricongiungimento familiare al minore cittadino di Stato non membro affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di *kafala* pronunciato da giudice straniero, «nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito». Le Sezioni Unite hanno infatti ritenuto possibile comprendere in tali casi il minore nell'ambito degli «altri familiari», ai sensi dell'art. 3, 2° comma, lett. a) del d.lgs.

⁶⁷ Cfr. Cass. 20 marzo 2008, n. 7472, in *RDIPP*, 2008, p. 809. Nello stesso senso cfr. anche le successive sentenze Cass. 17 luglio 2008, n. 19734, ivi, 2009, 742; 28 gennaio 2010 n. 1908, ivi, 2010, 790; App. Torino 1 febbraio 2012, in *Dir. Imm. Citt.*, 2012, 1, 160. Il Trib. Modena, con decreto 5 novembre 2009, ivi, 2010, 985, ha applicato lo stesso principio anche a un minore affidato in *kafala* a una cittadina italiana avente anche la cittadinanza marocchina.

⁶⁸ Cfr. Cass. 1° marzo 2010, n. 4868 cit.; Cass. 23 settembre 2011, n. 19450, in *RDIPP*, 2012, p. 731. In senso contrario si era pronunciato il Trib. Brescia, 12 marzo 2010, ivi, 2010, 760.

⁶⁹ Vedi l'ordinanza di rimessione n. 996 del 24 gennaio 2012 della Sesta sezione della Cassazione, in *RDIPP*, 2013, p. 129.

⁷⁰ Cass. 16 settembre 2013 n. 21108, in *Foro it.*, 2013, parte I, 2766. Nello stesso senso, anche con riferimento a *kafala* negoziale omologata da un'autorità pubblica, cfr. Cass. 2 febbraio 2015, n. 1843, in *RDIP*, 2016, p. 1076; Cass. 24 novembre 2017, n. 28154 e, da ultimo, Cass. 11 novembre 2020 n. 25310. Cfr. C. PERARO, *Il riconoscimento degli effetti della kafalah: una questione non ancora risolta*, in *RDIPP*, 2015, p. 541 ss.

30/07 (riproduttivo della identica disposizione della direttiva n. 2004/38).⁷¹ La Corte ha escluso che tale soluzione possa tradursi in una elusione della normativa italiana in materia di adozione internazionale, e dunque possa contrastare con l'ordine pubblico "interno", quando il provvedimento di *kafala* sia destinato unicamente a costituire il presupposto di fatto per ottenere il ricongiungimento e non svolga, dunque, altra funzione che quella di giustificare l'attività di cura materiale ed affettiva del minore, con esclusione di ogni vincolo di natura parentale. Anche in virtù della giurisprudenza della Corte edu, gli Stati parte conservano un certo margine di apprezzamento nel valutare la portata degli effetti da attribuire alla *kafala* e soprattutto nel decidere che tipo di permesso di soggiorno concedere al minore straniero che fa ingresso con l'affidatario (nei casi di specie cittadini dello Stato d'ingresso).⁷²

Problemi per certi aspetti analoghi si pongono in relazione ad altri istituti di "affidamento" di minori ad adulti, ad esempio a familiari, da parte dei genitori. Facendo leva su una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina del ricongiungimento, il Tribunale di Varese aveva consentito l'ingresso al minore affidato dal genitore alla nonna sulla base della legge dell'Ecuador, che consente l'affidamento a prossimi congiunti a certe condizioni.⁷³

Con riferimento ad un affidamento al fratello maggiorenne, la Cassazione ha escluso di poter ricorrere in questi casi ad una meccanica applicazione analogica dei principi stabiliti in materia di *kafala*, enunciando il principio di diritto in base al quale il giudice di merito avrebbe dovuto verificare l'esistenza nel diritto dell'Ecuador di istituti quali l'affidamento dei minori ed accertare su quali basi fosse stato convalidato dal Tribunale un atto unilaterale di dismissione di alcune facoltà e potestà genitoriali a beneficio di un prossimo congiunto scelto dal genitore rinunziante, valutando poi gli esiti di tali accertamenti con i principi di ordine pubblico interno.⁷⁴ Più recentemente, è stato rifiutato l'ingresso di una minore affidata alla zia dal genitore residente in Ecuador, sul presupposto che egli poteva occuparsi della minore, e che nell'atto dichiarava espressamente l'intento di realizzare il ricongiungimento con la zia residente in Italia (in assenza delle condizioni per ottenerlo con la madre, anch'essa residente in Italia).⁷⁵ La Corte di Cassazione ha negato che tale forma di affidamento "negoziale" potesse venire equiparato alla tutela, negando di conseguenza i presupposti per il ricongiungimento.

Nella casistica sopra richiamata risulta evidente l'intenzione di contemperare l'esigenza dell'ordinamento di contrastare fenomeni di frode alla legge,⁷⁶ con una adeguata tutela dell'interesse del minore. Verifica che non può che essere condotta caso per caso.

Problematiche non del tutto dissimili si possono riscontrare con riferimento a minori (spesso bambine) che sono legati ad un adulto da un matrimonio validamente celebrato nel

⁷¹ In questo senso si è poi espressa anche la Corte giust. UE, sentenza 26 marzo 2019, C-129/18, *SM c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, ECLI:EU:C:2019:248. Cfr. C. PERARO, *L'istituto della kafala quale presupposto per il ricongiungimento familiare con il cittadino europeo: la sentenza della Corte di giustizia nel caso S.M. c. Entry Clearance Officer*, in *RDIPP*, 2019, p. 319 ss.; G. PASCALE, *Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e kafala islamica nella sentenza M.S. della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Studi integr. europ.*, 2019, p. 795 ss.

⁷² Corte europea dei diritti umani, 4 ottobre 2012, ric. 43631/09, caso *Harroudj c. Francia*; 16 dicembre 2014, ric. 52265/10, *Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio*.

⁷³ Trib. Varese 23 luglio 2011, in *RDIPP*, 2012, p. 916.

⁷⁴ Cass. 21 novembre 2011, n. 24560 in *Fam e dir.*, 2012, 471, con nota di Gelli.

⁷⁵ Cass. 17 maggio 2016 n. 10072, in *Rep. Foro it.*

⁷⁶ Stessa *ratio* nell'art. 29, comma 9, DL 286/1998 che stabilisce: «La richiesta di ricongiungimento familiare è respinta se è accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di consentire all'interessato di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato».

Paese di origine. Dal punto di vista del diritto internazionale privato, matrimoni di questo tipo incontrano tradizionalmente il limite dell'ordine pubblico quando l'età di uno o di entrambi gli sposi non è ritenuta adeguata dall'ordinamento richiesto.⁷⁷ Per effetto di tale limite il matrimonio non produrrà effetti nell'ordinamento richiesto⁷⁸ e lo sposo maggiorenne potrebbe rischiare una incriminazione penale. Anche in questi casi, tuttavia, sono da evitare automatismi: è stato infatti messo in evidenza – proprio per i risvolti che il mancato riconoscimento può avere con riferimento ai minori migranti – come l'accertamento debba essere fatto caso per caso, per valutare in concreto la migliore soluzione per il minore.⁷⁹

⁷⁷ Questa prassi non contrasta con l'art. 8 CEDU. Cfr. Corte europea dei diritti umani, 8 dicembre 2015, *Z.H e R.H. c. Svizzera*, ric. 60119/12.

⁷⁸ Cfr. Il Massimario per l'ufficiale di stato civile, edizione 2012, p. 110, che considera non trascrivibile il matrimonio contratto in età inferiore ai sedici anni.

⁷⁹ Vedi i citati studi *Private International Law in a Context of Increasing Mobility*, par. 1.2.2.2 e *Children on the Move*, par. 3.2.5. Il T.U. immigrazione stabilisce tuttavia che il ricongiungimento può essere richiesto «per il coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni».